

PARTICULARIDADES DE LA VALORACION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS PRODUCIDOS EN PROCESOS COLECTIVOS

Jorge W. Peyrano*

1 INTRODUCCIÓN

Interesa, y mucho, la regulación legal general, todavía pendiente en nuestro país, de los llamados procesos colectivos. Es que éstos abarcan una gama muy amplia y diversificada de intereses: de los consumidores, de los usuarios de servicios públicos, de los beneficiarios de la previsión social, de los inversores, de los que pretenden la tutela del ambiente; tutela ésta última que suscita actualmente un acentuado grado de atención por su riqueza de contenidos (preservación de la calidad de vida, de los recursos naturales, del patrimonio artístico y cultural, y defensa hasta de los excesos de la biotecnología hoy puestos en tela de juicio –a raíz de los alimentos transgénicos- en homenaje de la Seguridad alimentaria). La confirmación de la trascendencia del Derecho Ambiental en Argentina resulta de su reconocimiento constitucional expreso y se le hace no sólo en mérito de la incorporación de la cláusula ambiental (artículo 41 C.N.), sino también en virtud de constituir el daño ambiental el único perjuicio civil previsto por la Constitución Nacional¹.

Tanta amplitud e importancia de los intereses en juego no ha generado en nuestro país, a diferencia de otros, una regulación integral de la materia. Sí existen cuerpos legales que disciplinan algunos de los sectores que la integran². Seguramente, el vacío legal señalado, suplido las más de las veces por creaciones pretorianas, es lo que ha provocado que el asunto haya sido elegido como uno de los temas centrales del XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal. De todos modos, la referida tarea pendiente se encuentra facilitada por la concreción del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Caracas, en octubre de 2004. Se le podrá objetar alguna debilidad a dicho instrumento, pero

* Magistrado judicial (juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Rosario); Docente de grado y posgrado en materia procesal civil y comercial, desarrollada en Argentina y en el exterior. Doctor en Ciencias Jurídicas por la U.N.L.

¹MENÉNDEZ, Augusto, "La Constitución Nacional y el medio ambiente", Mendoza 2000, Ediciones Jurídicas Cuyo, *passim*.

²Así, por ejemplo, la Ley General del Ambiente 25675 y la ley santafesina 10.000 que protege Intereses Difusos.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 89-95, jan./jun. 2005

igualmente constituye un serio esfuerzo por servir de faro de inspiración a las legislaciones nacionales carentes de una regulación integral de la materia.

En las líneas que siguen analizaremos los aspectos que nos han parecido más salientes acerca de cómo debería ser la valoración probatoria dentro del régimen general regulatorio de los procesos colectivos, para después examinar el caso especial de la carga probatoria cuando está en juego el principio precautorio³, tan caro al proceso ambiental que es uno de los tipos de procesos colectivos que concita mayor atención y que, afortunadamente, se encuentra disciplinado en nuestro medio por la ley 25.675. Concluiremos con una exposición respecto de las particularidades que rodean a un medio probatorio contemplado expresamente por la ley 25.675.

2 LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

Desde el vamos⁴, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas –también conocida en España como la de la mayor facilidad o disponibilidad probatorias⁵– sostiene que, excepcionalmente, corresponde apartarse de las reglas normales de distribución del *onus probandi*; reconociendo una nueva pluralidad de nuevas reglas de reparto⁶. Así, aquella de acuerdo con la cual le incumbe probar a la parte que pretende ir contra el orden normal y corriente de las cosas o aquella otra que estima que igual carga probatoria pesa respecto de quien intenta alterar el estado actual de las cosas. De todas maneras, la regla de carga probatoria dinámica más difundida, usada y hasta aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷, es la que se acuñara en certámenes científicos y que reza lo siguiente: “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento

³Más adelante, desarrollaremos el tema.

⁴El primer trabajo que publicáramos sobre el tema, en colaboración con Julio Chiappini, data de 1976, fue publicado en El Derecho Tomo 107 página 1005 y siguientes y lleva por título “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”; y ya en él consignamos lo modular de doctrina tan exitosa.

⁵PEYRANO, Marcos, “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante ley de enjuiciamiento civil española” (ley 1/2000)”, en “Cargas probatorias dinámicas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. Peyrano, Santa Fe 2004, Editorial Rubinzal Culzoni, página 179 y siguientes.

⁶PEYRANO, Jorge W., “Procedimiento civil y comercial”, Rosario 1991, Editorial Juris, tomo 1, página 78.

⁷C.S.J.N. 10-12-97, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”.

como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”⁸.

Las particularidades de los procesos colectivos –que muchas veces enfrentan partes con desequilibrios de fuerzas- justifican, ampliamente, que el artículo 12 del Código Modelo para Procesos Colectivos de Iberoamérica ya mencionado, haya incorporado a la susodicha doctrina al texto de tan importante documento: “Artículo 12. Pruebas ... La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración..”

Dicho ideario, entonces, está presente en el mencionado documento salido de las plumas más granadas del procesalismo iberoamericano. El hecho de que aluda a una sola regla de carga probatoria dinámica no excluye, obviamente, que puedan considerarse aplicables otras, y ya pusimos de resalto que son varias.

3 OPERATIVIDAD DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS CUANDO ESTÁ EN JUEGO EL PRINCIPIO PRECAUTORIO APLICABLE EN LOS PROCESOS AMBIENTALES

El denominado “principio precautorio” se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente (25.675) que dispone: “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios...Principio precautorio Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente..”. Tal principio se originó en los años 70 en Alemania, constituyendo uno de los pilares del Derecho Ambiental Alemán y hoy de toda la legislación ambiental

Presupone que los efectos posiblemente nocivos de un procedimiento o de un producto no pueden ser identificados, con certeza, mediante los actuales conocimientos científicos. En su mérito, no es necesario disponer ya de un conjunto de pruebas científicas demostrativas del riesgo cierto de consecuencias nocivas, para que se puedan adoptar –judicialmente, llegado el caso- las medidas

⁸La Comisión de Derecho Procesal de las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas en Junín en octubre de 1992, sentó la declaración transcrita. Posteriormente, el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Termas de Río Hondo- mayo de 1993) concluyó “que la temática del desplazamiento de la carga probatoria reconoce como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocidas como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción. Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.) Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 89-95, jan./jun. 2005

necesarias y conducentes para evitar o reducir los efectos de un riesgo sospechado⁹. El principio de precaución privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, aún en un plazo muy largo. Apunta a impedir la materialización de un riesgo. Opera así, en el ámbito de la incertidumbre. Decreta que cuando surja una duda razonable respecto de la peligrosidad de cualquier actividad con repercusiones ambientales, se deben tomar medidas para que ese eventual daño –no materializado todavía- no llegue a producirse. Son condiciones de aplicabilidad del principio precautorio, la “gravedad” e “irreversibilidad” del daño en ciernes

Por supuesto que la adopción del principio precautorio –que representa una nueva forma de “gestión de riesgos”- no implica, necesariamente, que se descarten determinadas tecnologías, pues puede auspiciar, también, soluciones intermedias.

Abundante doctrina autoral¹⁰ interpreta que en la materia se produce una singular situación que justifica la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas; aplicación que acarrea que la carga de probar la inocuidad de la actividad sospechada recaiga en el titular de ella y no en el potencial afectado. Llegados aquí, debemos recordar que las reglas de las cargas probatorias dinámicas son plurales, como ya hemos subrayado. Obviamente, nada impide que –respetando su ideario- la doctrina y la jurisprudencia encuentren todavía más reglas operativas como formando parte de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Establecido lo anterior, consignamos que algún autor¹¹ considera que la referida inversión probatoria encuentra apoyo en la regla de carga probatoria dinámica más difundida, puesto que, de ordinario, quien introduce el riesgo (muy frecuentemente, grandes empresas dedicadas a la explotación del ramo) está en mejores condiciones técnicas para demostrar, hasta donde se pueda, el carácter inocuo del proceso o procedimiento respectivo. Asimismo se podría llegar a igual solución (inversión probatoria) recurriendo a la regla de carga probatoria dinámica de acuerdo con la cual debe probar quien pretenda alterar el actual estado de cosas; y el actual estado de cosas sería la “sospecha de nocividad”. Quien afirme lo contrario (es decir, v.gr., que la sospecha es mínima), deberá acreditarlo. Finalmente, también existen opiniones¹² acerca de que se estaría en la especie ante una nueva regla de carga probatoria dinámica concebida, aproximadamente, de la siguiente forma: “corre el esfuerzo probatorio

⁹BERGEL, Salvador “La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente”, en *El Derecho*, boletín del 22 de abril de 2004.

¹⁰ESAIN, José, “El derecho agrario ambiental y la cuestión de los *feed lots* en J.A. 2002-IV, página 407; “El rol del Derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales”. Por Anibal Falbo, J.A. 1995-IV pág.977; “El Debido proceso ambiental” por Walter Carnotta, en *El Derecho* Tomo 161, página 365; “Particularidades del proceso civil por daño ambiental”, por Carlos Camps, en J.A 1998 IV página 967.

¹¹ANDORNO, Roberto “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución “ en J.A. 2003-III, página 969: “Esta exigencia de mayor compromiso del introductor del riesgo se explica no sólo por una razón de justicia ya que él es quien se beneficia económicamente con el producto o actividad en cuestión, sino también por motivos prácticos porque normalmente serán los mismos fabricantes del producto quienes están en mejores condiciones técnicas para demostrar, hasta donde se pueda, su carácter inocuo”.

¹²*Ibidem* página 969.

en la materia, por parte de quien introduce el riesgo y aprovecha el correlativo beneficio económico”.

Claro está que quien debe soportar la carga probatoria de referencia, sólo debe levantar una suerte de “carga limitada”, porque no está compelido a eliminar cualquier duda acerca de la posible nocividad del producto o actividad de que se tratare, sino a acreditar la escasa intensidad del riesgo correspondiente. Debemos insistir en que la aplicación del principio precautorio requiere “buenas razones”, vale decir la concurrencia de una “sospecha fundada”. El accionar del introductor del riesgo debe procurar erosionar el carácter de “sospecha fundada” que preside el episodio.

Una muy interesante aplicación del principio precautorio se produjo, recientemente, por mano de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata¹³ y en una causa excelentemente comentada por Nelson Cossari¹⁴. En ella se ordenó a una empresa de electricidad “que suspenda las obras de cableado destinadas a la sobrealimentación de la estación transformadora en cuestión y que, juntamente con el ente controlador del servicio público, presente en el plazo de 15 días un informe en el cual se indiquen las medidas que pondrán en práctica para proteger a los vecinos de los efectos potencialmente nocivos de dicha planta”¹⁵. En verdad, en el caso estaba en juego el tema de la nocividad de los campos electromagnéticos generados, entre otras fuentes, por las torres de alta tensión, las antenas de telefonía celular y los grandes conductores de electricidad. Los C.E.M. se encuentran bajo sospecha y estudio por parte de la Organización Mundial de la Salud desde 1996, entidad que ha anunciado que todavía faltan un par de años de estudios para que se pronuncie sobre el particular. Cabe recordar que los materiales de construcción no bloquean ni atenúan los efectos propios de los campos electromagnéticos. En la resolución judicial de referencia se lee lo siguiente: “los campos electromagnéticos son más intensos cuanto menor es la distancia a la carga o conductor cargado que los genera y su intensidad disminuye rápidamente al aumentar la distancia desde la fuente... Por otro lado, si bien la mayoría de los materiales de construcción protegen en cierta medida de los campos eléctricos, no ocurre lo mismo con los campos magnéticos, ya que este tipo de materiales (v.gr. paredes de edificios) no bloquean ni atenúan los efectos propios de estos campos... la Hoja Informativa n° 263 del Proyecto Internacional CEM, publicada en el mes de octubre de 2001, da cuenta de una reciente investigación llevada a cabo por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) –una agencia de la OMS especializada en la investigación de esa enfermedad- que concluyó el primer paso sobre el proceso de evaluación del riesgo a la salud de los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, clasificando dichos campos con respecto a la fuerza de la

¹³Se trata de “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c. ENRE Edesur s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, causa en la cual recayó el pronunciamiento citado el 8 de julio de 2003; resolución que fuera publicada en El Derecho, boletín del 22 de abril de 2004.

¹⁴Conf. “Electropolución y daño ambiental” por Nelson Cossari, en El Derecho, boletín del 22 de abril de 2004.-

¹⁵Vide fallo citado en nota 13.

evidencia como que podrían causar cáncer en humanos”. Sin embargo, las empresas de telefonía celular persisten en la condenable práctica –prohibida en varios lugares– de instalar antenas sobre edificios de propiedad horizontal y hasta sobre escuelas; haciendo caso omiso del principio precautorio.

No abrigamos dudas acerca de que se está frente a una actividad sospechada a la cual le es aplicable el principio precautorio, tal como lo hiciera el recordado y elogiado fallo de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Más aún: la lectura de dicha decisión, informa respecto de que la empresa eléctrica demandada no produjo prueba de descargo alguna; limitándose a aducir sobre la falta de certeza de los efectos negativos de los campos electromagnéticos sobre la salud humana. Dicha argumentación fue considerada, con razón, insuficiente para desvirtuar la incidencia del principio precautorio en el caso.

4 EL CASO DE LA PRUEBA PERICIAL ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 33 de la ley 25.675

La ley general del ambiente 25.675 – ésa gran ignorada pese a que sus normas son aplicables por la Justicia ordinaria– constituye el sueño del “progresismo” procesal civil. Es que incluye legitimaciones amplias, el despacho de autosatisfactivas, acentuadas iniciativas probatorias judiciales, una inclinación hacia un accionar judicial preventivo y no meramente resarcitorio de daños, la cosa juzgada “expansiva” y la aplicabilidad, como ya hemos señalado, de las cargas probatorias dinámicas, por lo menos en materia de principio precautorio. Creemos que en buena parte, la ley 25.675 debería servir de fuente de inspiración para futuras regulaciones integrales de los procesos colectivos en Argentina.

Sucede, y es lo que nos interesa ahora, que existe la peculiar “prueba pericial” prevista por el artículo 33 de la ley 25.675 que dispone: “Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación...” Indudablemente, dicha norma apunta a facilitar el esfuerzo probatorio. Sobre el punto, Cafferatta enseña lo siguiente: “Esta normativa, en su primera parte, se encuadra dentro de la idea de facilitar el onus probandi. O en otras palabras, en un régimen de protección del ambiente, tender a facilitar la valoración de las pruebas, como se logra dando fuerza probatoria iuris tantum, a los informes emanados de organismos oficiales, prueba que por supuesto puede ser revertida por otra de equivalente valor técnico”¹⁶.

Ahora bien: pensamos que la citada disposición legal no es aplicable siempre y sin formular discriminaciones. Así, no parece que el dictamen del correspondiente organismo del Estado deba gozar en cualquier caso del valor probatorio pericial asignado por el artículo 33 de la ley 25.675. Creemos que

¹⁶CAFFERATTA, Néstor, “Ley 25.675 general del ambiente” comentada, interpretada y concordada”, en “Antecedentes Parlamentarios”, Editorial La Ley, Buenos Aires 2003, página 709.

para que ello ocurra se debe tratar de un organismo estatal de reconocida solvencia en la materia correspondiente porque, palmariamente, la singular prueba pericial “en estudio” se encuentra muy próxima a la denominada “pericial informativa”¹⁷; prueba ésta cuyo valor probatorio depende, en buena porción, del prestigio de la entidad que la genera¹⁸. Igualmente, nos asaltan dudas acerca de si tales dictámenes periciales estatales pueden disfrutar de dicha fuerza probatoria cuando se encuentra involucrado en la causa correspondiente el propio Estado. Participamos de la idea de que, por lo menos, disminuirá el valor probatorio del mencionado dictamen pericial estatal cuando se presenta la situación recordada.

Con lo cual, resultará un tanto más aliviada la tarea impugnativa de la parte perjudicada por el dictamen pericial estatal del caso.

5 CONCLUSIONES

El tema probatorio en materia de procesos colectivos en general¹⁹ y de procesos ambientales en particular²⁰, presenta múltiples particularidades que lo tornan, necesariamente, objeto de una regulación legal futura diferente y específica.

En el curso del presente, solamente hemos anotado y comentado algunas. Pero con lo expuesto, es suficiente para justificar la existencia de una suerte de autonomía del régimen probatorio en la materia. Ojalá el legislador argentino persista en la brecha abierta con el dictado de la ley 25675, perfeccionándola y diseñando una regulación integral de los procesos colectivos que, insoslayablemente, deberá incluir un capítulo dedicado a su régimen probatorio, tan particular y distinto del común y corriente.

¹⁷El artículo 476 del C.P.N. reza: “ A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización”.

¹⁸PEYRANO, Jorge W., “Apuntes sobre la pericial informativa”, en “Tácticas en el proceso civil”, Santa Fe 1984, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2, página 57 y siguientes.

¹⁹HUTCHINSON, Tomás, en “Daño ambiental”, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo II, página 193.

²⁰GOLDENBERG Isidoro y Néstor CAFFERATTA, “Daño ambiental” Buenos Aires 2001, Editorial Abeledo Perrot, página 44.